Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Zweiter Band. Drittes Heft.

XXXI.

Betrachtungen über die Schenkung auf den Todesfall, ihren eigentlichen Character, und ihre bisher allgemein angenommene Wiederruflichkeit.

Von dem

Etats- und Obergerichtsrath von Schirach, zu Glückſtadt.

§. 1.

Entwicklung des Begriffs der Schenkung von Todeswegen, in Rückſicht auf die Bildung und die allgemeinen Merkmale deſſelben.

Im ganzen Gebiete des Römiſchen Rechts erſcheint uns kein Geſchäft, das aus ſo gemiſchten Grundſätzen abgeleitet iſt, das auf einer ſo komplicirten Baſis beruht, als die Schenkung auf den Todesfall. Sie iſt eine Amalgamirung fremdartiger abgeleiteter Rechtsbegriffe, die in allen ihren Merkmalen von einander abweichen. Denn wie heterogen ſind nicht die Principien von Vertrag und letzten Willen! Es iſt faſt kein Punkt denkbar, wo die Scheidelinien beider nicht in einander laufen. Ein letzter Wille ſetzt eine einſeitige Handlung voraus, die erſt durch den Tod des handelnden Subjects in der Welt der Er-

ſcheinungen wirkſam wird. Dahingegen iſt gegenſeitige Einwilligung und Wechſelhandlung zweier Subjecte von Rechtsverhältniſſen die weſentliche Bedingung eines jeden Vertrags, deſſen Wirkungen allein durch den gemeinſchaftlichen Willen beider Paciscenten determinirt werden können. Aus ſo verſchiedenen Rechtsgeſchäften bildete ſich die donatio mortis causa (Schenkung von Todes wegen oder auf den Todesfall), deren Definition erſt weiter unten angegeben werden kann, weil ſie von den Reſultaten mehrerer vorgängiger Erörterungen abhängt. Dieſe Art von Schenkungen ſchwebt zwiſchen Vertrag und letzten Willen, neigt ſich bald auf die Seite des einen, bald auf die des andern, und indem ſie von beiden einen Theil ihrer Merkmale entlehnt, formirt ſie ſo einen eigenen juridiſchen Begriff, der die Vereinigung theoretiſcher Widerſprüche in ſich verwirklicht.

§. 2.

Geſchichte dieſes Lehrſatzes.

Wenn ein ſo fremdartig zuſammengeſetztes Geſchäft, wie die Schenkung auf den Todesfall iſt, ohnehin ſchon geeignet war, Verſchiedenheit der Meinungen zu veranlaſſen, ſo mußte dies um ſo mehr in Rom der Fall ſeyn, wo durch die Vorſchriften des alten Rechts noch mehrere Ungewißheit entſtand. Nach dieſem konnte nämlich, wie die älteren Bearbeiter der Römiſchen Rechtsgeſchichte annahmen, keine Schenkung durch einen bloßen Vertrag, durch ein pactum nudum, vollzogen werden. Nach der Hypotheſe von Cujas, der ſolchergeſtalt den Anfang von Ulpians Fragmenten zu ergänzen wagt, nach Brummer [1]) und Bach [2]), verordnete nämlich ein aus den mittlern Zeiten des Freiſtaats herrührendes Geſetz, die Lex

1) F. Brummer Commentarius ad legem Cinciam. Lutet. Paris. 1661. 4.

2) J. A. Bach Historia Jurisprudentiae Romanae. Lib. II. Cap. 2. Sect. 1. §. 34.

Cincia, im Jahr 550 nach der Erbauung Roms, daß zu allen Schenkungen die Mancipation der Tradition als nothwendiges Requisit hinzukommen müßte. Durch die Tradition wurde das Eigenthum nach dem natürlichen Rechte übertragen, während die Mancipation, die bekanntlich weder eine Bedingung noch Zeitbestimmung gestattete, auf dem Fundamentalgesetz der zwölf Tafeln beruhte. Gegen diese Vorstellungsart und den solchergestalt durch eine willkührliche Conjectur des Cujas (D. Ulpiani Fragmenta T. I. §. 1.) erzeugten Irrthum in der Rechtsgeschichte hat sich freilich der scharfsinnige Hugo [3]) erhoben, welcher zeigt, daß die Lex Cincia de donis et muneribus nur das Geben oder das Nehmen von Geschenken für gerichtliche Reden verboten habe, und daß man sonst nichts von diesem Volksschlusse wisse. Dem sey indeß wie ihm wolle, und mag auch die Lex Cincia wenig oder gar nichts für das Privatrecht enthalten haben, so war doch die donatio mortis causa von der eigentlichen Schenkung sehr verschieden, da bei ihr erst nach dem Tode des Schenkers das Eigenthum auf den Donatar übergieng. Sehr natürlich wurden indeß die alten Römischen Juristen zweifelhaft, nach welchen Principien sie die Schenkung auf den Todesfall, vorzüglich in Rücksicht ihrer Form, beurtheilen, und ob sie dieselbe unter die Classe von Schenkungen, oder von Vermächtnissen, bringen sollten [4]). Es entstanden zwei Parteien, wovon die eine diese, die andre jene Meinung annahm.

Höchst wahrscheinlich war dies einer von den Streitpunkten, worüber die berühmten Secten der Proculejaner und Cassianer mit einander kämpften. Auch über diese Schulen, deren Bedeutung und Einfluß auf das Civilrecht man sehr zu bezweifeln anfieng, haben die von Niebuhr zu Verona

---

3) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. Sechste Auflage. §. 171.

4) J. L. E. Püttmanni miscellaneorum liber singularis. Cap. 16. p. 86. sqq.

1816 gefundenen Institutionen von Gajus ein neues Licht verbreitet. Er nennt sich selbst einen Anfänger der Schule von Sabinus und Cassius [5]), und setzt es außer Zweifel, daß unter den Cassianern und Proculejanern auch noch lange nach Hadrian bedeutende Verschiedenheiten der Rechtsansichten obwalteten. Zu diesen Differenzen gehört aller Vermuthung nach die Beurtheilung des Characters der Schenkung von Todeswegen. Wenigstens ist es durch die klaren Worte eines Gesetzes in dem Römischen Rechtsbuch [6]) bewährt, daß die Cassianer die Schenkung auf den Todesfall als eine eigentliche einfache Donation betrachteten. Dies Gesetz sagt: Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit: scilicet ut cum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta. Die Voraussetzung, daß die Proculejaner die entgegengesetzte Theorie vertheidigt hätten, stützt sich zwar nur auf eine Hypothese, gegen die sich mehrere Argumente anführen ließen [7]); allein sie hat das für sich, daß, bei zweifelhaften Rechtssätzen, die eine Schule das Gegentheil von dem vertheidigte, was die andre aufstellte.

Wichtiger, als in die auch durch Gajus noch nicht aufgehellte Nacht dieser Sectenstreitigkeiten einzudringen, wichtiger und belehrender ist es, den historischen Faden dieses Lehrsatzes in der goldenen Periode der höchsten wissenschaftlichen Ausbildung der Jurisprudenz bei den Römern aufzunehmen. In diesem glänzenden Zeitalter dauerte der Streit über die Natur der donatio mortis causa unter den berühmtesten Rechtslehrern fort. Julius Paullus schlug sich zur Partei der Cassianer; er nahm an, daß das Eigenthum der verschenkten

5) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 317.

6) L. 35. §. 3. D. de mortis causa donationibus et capionibus.

7) Mascov Diatriba de Sectis Sabinian. et Procul. Cap. 9. p. 242. sq.

Sache sogleich auf den Donatar übertragen werde, und daß dabei eine wahre einfache Schenkung vorgehe [8]). Auf der andern Seite standen ebenfalls zwei große Autoritäten, nämlich Salvius Julianus und Domitius Ulpianus. Diese zählten die Schenkungen von Todeswegen unter den Gattungsbegriff der Vermächtnisse, und wendeten die Regeln von diesen auf jene an [9]). Die merkwürdigste Wirkung der Verschiedenheit dieser beiden Meinungen äußerte sich in Betracht der Klage, womit der Schenker die geschenkte und bereits tradirte Sache wieder zurückfordern konnte. Nach der einen stand ihm zu diesem Zweck nur eine persönliche Klage, nämlich die condictio causa data, causa non secuta, nach der andern aber eine dingliche Klage zu.

§. 3.

Fortsetzung.

So waren die Meinungen über diesen Gegenstand bis auf die Zeiten Justinians getheilt. Dieser Reformator des Römischen Rechts entschied die streitige Frage, indem er der letzten von den beiden angeführten Theorieen die Sanction seines Beifalls gab, und die Schenkung auf den Todesfall den Legaten gleichsetzte. Er verordnete nämlich, daß die donatio mortis causa keiner gerichtlichen Insinuation, noch der Gegenwart öffentlicher Personen, noch sonstiger vorher üblichen Förmlichkeiten bedürfe, sondern daß zu ihrer gültigen Vollziehung nur die Gegenwart von fünf Zeugen erforderlich sey, und daß sie in allen ihren Wirkungen einem letzten Willen gleich seyn solle.

---

8) L. 35. §. 3, D. de mortis causa donationibus etc.

9) L. 17. D. eod. tit, wo es heißt: Donationes m. c. legatorum instar obtinent. L. 1. §. 1. D. Si quid in fraudem patroni. M. c. donationes comparantur legatis. L. 3. §. 17. D. de bonis libertorum. M. c. donationes vice legatorum funguntur. Nov. 87.

Dieſe Dispoſition enthält L. 4, C. de donationibus causa mortis [10]) mit folgenden Worten:

> ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus, vel in scriptis, vel sine litterarum suppositione, aliquis voluerit mortis causa donationem facere: et sine monumentum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat. neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates; neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur.

Durch dieſe Verfügung wurde der Schenkung von Todes wegen eine einzig mögliche Form vorgeſchrieben, und der ihr eigenthümliche Character der Anomalie auf das feſteſte begründet. Sie ſchien nunmehr mit der Schenkung blos noch den Namen gemeinſchaftlich zu haben und nichts weiter als ein Vermächtniß zu ſeyn. Aber das ſchien auch nur ſo. Noch wurde dadurch aller Unterſchied nicht verwiſcht. Es blieben vielmehr zwiſchen beiden und ihren weſentlichen Merkmalen noch wichtige Gränzlinien, die der folgende §. zeichnet.

§. 4.

Beſtimmung der Scheidungslinien zwiſchen der Schenkung auf den Todesfall und dem Vermächtniſſe.

Schon der Hauptcharacter des Legats, daß die Antretung der Erbſchaft die Bedingung ſeiner Realiſirung iſt, wird bei der Schenkung von Todes wegen vermißt. Ihr drückt allein der Tod des Schenkers das Siegel der Beſtätigung und der vollendeten Wirkſamkeit auf, die der Römer ihr beim Leben des Schenkenden nicht beilegte, und ihre Gültigkeit iſt unabhängig

---

10) Vergl. auch §. 1. Inst. de donationibus. Nov. 87.

von der Antretung der Erbſchaft [11]). Sie erfordert ferner die Fähigkeit des Donatars, das Geſchenkte zu erwerben, nur zu der Zeit, da der Schenker ſtirbt, ohne daß der Moment der Schenkung dabei in Betracht kommt [12]), dahingegen die Strenge der Catonianiſchen Regel dieſe Eigenſchaft bei dem Legatar nicht allein nach jenem Zeitpunkte, ſondern auch nach der Errichtung des Teſtaments beurtheilt [13]). Auch darin weicht die donatio mortis causa von dem Legat ab, daß es als Eine Schenkung betrachtet wird, und auf die Erben des Donatars übergeht, wenn die Erfüllung derſelben jährlich erneuert wird [14]). Ganz ein anderes Princip legen die Geſetze dem legato annuo zum Grunde; ſie nehmen hier nicht die Exiſtenz eines, ſondern mehrerer Vermächtniſſe an, und verfügen, daß ein ſolches Legat nicht auf die Erben übergehe, ſondern mit dem Tod des Legatars erlöſchen ſolle [15]). Ein viertes weſentliches Merkmal der Schenkung auf den Todesfall iſt dieſer ſo ausſchließend eigen, daß es der Natur eines Legats ganz widerſpricht. Ungeachtet die Römiſchen Geſetze nämlich die donatio mortis causa für widerruflich erklärten, ſo geſtatteten ſie dennoch eine Bedingung, unter welcher ſie unwiderruflich wurde, ſo erlaubten ſie, daß der Donator ſich vollkommen verbindlich machen kann, die Schenkung nicht zu revociren [16]). Ein Verſprechen, welches nicht analogiſch auf das Vermächtniß ausgedehnt werden kann und welches, wenn es bei demſelben Statt gefunden haben ſollte,

---

11) L. 32. D. de mortis causa donationibus.

12) L. 22. D. eodem titulo.

13) §. 4. Inst. de heredum qualitate et differentia.

14) L. 35. §. 7. D. de m. c. donationibus.

15) L. 4. L. 11. D. de annuis legatis et fideicommissis.

16) L. 13. D. de m. c. donation. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio. L. 27. D. eod. tit. L. 35. §. 4. D. eod. tit. Nov. 87. cap. 1.

ganz ungültig und kraftlos seyn würde [17]). Merkwürdig ist es ferner, daß der in der väterlichen Gewalt sich befindliche Sohn mit Einwilligung seines Vaters befugt ist, eine Schenkung von Todes wegen zu errichten, da er doch selbst mit dessen Erlaubniß weder ein Testament, noch ein Codicill machen, und folglich auch keine Vermächtnisse aussetzen kann [18]). Wichtiger aber, als alle bisher entwickelten fünf Merkmale der Abweichung dieser beiden, in so mancher andern Hinsicht ähnlichen und übereinstimmenden, Institute von einander ist der letzte Hauptunterschied, daß zu der Schenkung auf den Todesfall die Acceptation des Donatars durchaus erforderlich ist, daß sie ohne dieselbe nicht bestehen kann. Dies macht das Characteristische der donatio mortis causa aus — dies ist die auszeichnendste Scheidelinie derselben von dem Legat und jedem bloßen letzten Willen überhaupt.

§. 5.

Erörterung der Streitfrage, ob die Acceptation ein wesentliches Erforderniß der Schenkung von Todes wegen ist.

Diese Frage wird verschieden beantwortet. Mevius [19]), Böhmer [20]), Voorda [21]), Struk [22]), Leyser [23]),

---

17) L. 22. D. de legatis III.

18) L. 25. §. 1. D. de m. c. donation. Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest. Voorda interpretationes. Lib. 3. cap. 19.

19) Mevii Decisiones. Part. VI. Decis. 331. et 333.

20) J. H. Boehmer consultat. et Decisiones. T. II. P. I. Resp. 752. N. 17.

21) Voorda interpret. L. 3. c. 19.

22) Usus modernus Pand. Tit. de m. c. don. §. 4.

23) Spec. 438. med. 5.

Müller [24]), Höpfner und Weber [25]), Hofacker [26]), Thibaut [27]) u. a. m. vertheidigen die Nothwendigkeit der Acceptation des Donatars. Minder zahlreich iſt die Partei der Gegner, die den Satz aufſtellen, daß eine nicht acceptirte und in der Abweſenheit und ohne Wiſſen des Donatars gemachte Schenkung auf den Todesfall rechtsbeſtändig ſey. An ihrer Spitze ſteht Püttmann [28]), der mit vielem Scharfſinn und Gelehrſamkeit die für ſeine Meinung ſtreitenden Scheingründe aus einander geſetzt und mehrere neuere Schriftſteller zu Nachfolgern gehabt hat [29]), nachdem Ludwig [30]), Richter [31]) und Winkler [32]) bereits vor ihm dieſe Bahn betreten hatten. Dieſe Controverſe hat nicht allein ein theoretiſches Intereſſe, ſondern ſie iſt auch von folgenreicher practiſcher Wichtigkeit. Zu ihrer Entſcheidung führt am zweckmäßigſten die Unterſu-

---

24) Observ. ad Leyser. Obs. 697.

25) Commentar §. 414.

26) Principia juris civil. T. II. §. 1010.

27) Syſtem des Pandectenrechts. §. 908.

28) Püttmann Progr. de mortis causa donatione absente licet et ignorante donatario facta, jure valida. in ejusdem Miscellaneorum lib. sing. l. 16. p. 78. sqq.

29) Unter andern F. Mackeldey Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 2te Auflage. 1818. §. 540. Overbeck Meditationen 7. Bd. 370. Med.

30) J. S. de Ludewig Diss. de differ. juris rom. et germanici in donatione et barbaro adnexa acceptatione diff. 2. et 3. in Diss. select.

31) Richter Diss. de acceptatione in donatione m. c. non necessaria. Lips. 1744.

32) E. G. de Winkler progr. de donatione et adversus ejus acceptationem observationes grammaticae. in ejusdem opuscul. minor. Vol. II. p. 99. sqq.

chung der Principien, welche das antejuſtinianeiſche Recht bei der donatio mortis causa befolgt, indem man die ältere und die neuere Periode von einander abſondert.

§. 6.

Das Pandectenrecht begründet die Nothwendigkeit der Acceptation.

Wenn die Geſetze ſo deutlich reden, wie L. 38. D. de mortis causa donationibus: wo Marcellus ſagt:

> Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa ceperit, est earum rerum differentia. Nam mortis causa donatur, quo praesens praesenti dat: a mortis causa capi intelligitur, et quod non cadit in speciem donationis.

ſo kann nur die offenbarſte Willkühr der Auslegung ihren Sinn entſtellen. Aus dem angeführten Fragment der Pandecten geht unwiderleglich hervor, daß die donatio mortis causa, da ſie die Gegenwart des Schenkers ſo wie des Beſchenkten erfordert, ſtets gegenſeitige Einwilligung vorausſetzt. Dieſem entſcheidenden Argumente haben die Gegner vorzüglich den Einwurf entgegenzuſetzen geſucht, daß der alte Juriſt hier nur von dem rede, was gewöhnlich zu geſchehen pflege [33]). Wohin würde aber eine ſolche Hermeneütik leiten? Marcellus giebt in der L. 38. offenbar das Criterium an, wodurch ſich die Schenkung von Todes wegen von der mortis causa capio unterſcheidet, und ſeine Abſicht geht dahin, ihre weſentliche Eigenſchaft zu beſtimmen. Von gleichem Gewicht ſind die Einwendungen gegen die verſchiedenen, in den Pandecten enthaltenen, Beweiſe von Schenkungen auf den Todesfall, die ohne Wiſſen des Donatars geſchehen waren und nun als Fideicommiſſe aufrecht er-

33) Püttmann de m. c. donatione absente licet et ignorante donatario facta jure valida p. 84. Richter Dissert. de acceptat. in donat. m. c. non necessaria. §. 16.

halten wurden [34]). Wozu bedurfte es hier einer der Billigkeit wegen speciell ertheilten Wohlthat, wenn das Geschäft als Schenkung hätte gelten können? Beinahe noch wichtiger ist in dieser Hinsicht ein anderes von Ulpian herrührendes Fragment [35]), welches meines Wissens von denjenigen, die die entgegengesetzte Meinung behaupten, nicht erwähnt, viel weniger aber widerlegt worden ist. Es erhellt aus den daselbst angeführten Fällen, daß, wenn der Donatar abwesend war, die Acceptation für ihn durch eine andere Person interponirt wurde. Dies wäre ja aber eine ganz unnütze Weitläuftigkeit gewesen, wenn eine Schenkung auf den Todesfall an einen Abwesenden hätte geschehen können.

Diese Gründe erhalten durch die allgemeine Verfügung einer klaren Gesetzstelle [36]) ein noch größeres Gewicht. Zufolge derselben müssen bei Schenkungen beide Paciscenten ihre Willensmeinung äußern, und beiderseits ihren Consens erklären, wenn das von ihnen unternommene Geschäft irgend eine Wirkung haben soll. Dies Gesetz beschränkt sich aber nicht auf die Schenkung unter Lebenden, sondern begreift auch die donatio

---

34) Merkwürdig sind die Rechtsfälle, die Papinian vorträgt L. 75. pr. D. de legatis II. Miles ad sororem epistolam, quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit; Scire te volo, donare me tibi aureos octingentos. Fideicommissum deberi sorori constitit, nec aliud probandum in cujuslibet suprema voluntate. Placet enim consistere fideicommissum, ac si defunctus, cum eo loquatur, quem precario remuneratur. L. 77. §. 26. D. eod. tit.

35) L. 11. §. 2. sq. D. de donationibus inter virum et uxorem.

36) L. 55. D. de obligationibus et actionibus. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive *donatio*, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, produci ad effectum (id) quod inchoatur, non potest·

mortis causa unter ſeiner generellen Diſpoſition. Ulpian ſelbſt begegnet dem Einwurfe, daß eine Schenkung unter Lebenden eine eigentliche wahre Schenkung ſey, und daß daher nur allein dieſe verſtanden werden müſſe, wenn die Geſetze, ohne ſich näher zu beſtimmen, im allgemeinen von der Donation redeten. Er ſagt nämlich in ſeinem Werke über das Edict [37]), daß das Wort donatio jede Schenkung umfaſſe, ſie möge auf den Todesfall, oder unter Lebenden geſchehen ſeyn.

Aus dieſem allem iſt man berechtigt, das Reſultat herzuleiten, daß die Acceptation der Schenkungen von Todeswegen im Recht der Pandecten gegründet iſt, daß ſie nach demſelben ein weſentliches Erforderniß dieſes Rechtsgeſchäfts ausmachte, und ſich, wie Ludwig a. a. O. ſich ausdrückt, vor den Zeiten Juſtinians im Heiligthum der Themis befand. Es hängt daher die Beantwortung der Streitfrage nur davon ab, ob die Reformation, die das Römiſche Recht unter dieſem Kaiſer erlitt, ſich auch auf dieſen Gegenſtand erſtreckte, und ob Juſtinian die Nothwendigkeit der Acceptation aufhob oder unverändert ließ.

§. 7.

Das Juſtinianeiſche Recht hat die nothwedige Acceptation der Schenkung auf den Todesfall nicht aufgehoben.

Der Sitz dieſer Controverſe ſind die drei bereits oben bei der Geſchichte dieſes Lehrſatzes angeführten Geſetzſtellen [38]). Vorzüglich dreht ſich der Streit um die berühmte L. 4. C. de donat. c. m. Diejenigen, welche behaupten, daß Juſti-

37) L. 67. §. 1. de V. S. Donationis verbum simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa fuerit.

38) L. 4 C. de donationibus causa mortis. §. 1. Inst. de donationibus. Nov. 87.

nian die Schenkung von Todes wegen einem letzten Willen in allem Betracht und insbesondere in Rücksicht der Acceptation gleich gesetzt habe, gehen von jenem Gemeinsatz Modestins aus, daß die späteren gesetzlichen Verfügungen den früheren vorgehen [39]). Hierauf gründen sie den Schluß, daß die neue Justinianeische Gesetzgebung die älteren Bestimmungen des Civilrechts entkräfte. Durch diese sey eine völlige Gleichheit zwischen dem Vermächtniß und der Schenkung auf den Todesfall entstanden, und so wenig wie bei jenem der Legatar acceptiren oder persönlich zugegen seyn müsse, so wenig sey auch bei der donatio mortis causa die Gegenwart oder Acceptation des Donatars erforderlich [40]).

Das Trügerische dieser Vorstellung kann indeß der Critik nicht entgehen. Justinian hebt selbst das Allgemeine seiner Ausdrücke über die Aehnlichkeit der Vermächtnisse und Schenkungen von Todes wegen durch die Aeußerung auf, daß die letzten fast in allen Stücken zu den Legaten gezählt werden sollten [41]). Gesetzt aber auch, er hätte dies nicht einmal so gesagt, gesetzt, diese merkwürdige Stelle befände sich nirgends im Römischen Gesetzbuche, würde man selbst alsdann die Behauptung begründen können, daß das Legat und die donatio mortis causa so vollkommen gleich wären, daß alle die wichtigen practischen Unterschiede, die den Gesetzen zufolge zwischen beiden Statt finden, und die oben im 4ten §. entwickelt sind, dadurch verwischt würden? Würde man z. B. befugt seyn, anzunehmen, daß die Gültigkeit der Schenkung auf den Todesfall von der Antretung der Erbschaft abhängig sey, daß die Errichtung derselben dem in der väterlichen Gewalt befindlichen Sohne auch mit Einwilligung seines Vaters nicht erlaubt wäre? Diese Gränzlinien

39) L. 4. D. de Constitutionibus Principum.

40) Püttmann l. c. p. 88. sqq. 96. sq.

41) §. 1. Inst. de donationibus: a nobis constitutum est, ut m. c. donatio per omnia *fere* legatis connumeretur.

anzuerkennen, können aber auch diejenigen nicht umhin, die eine so unbedingte Gleichheit beider Rechtsinstitute annehmen.

Wenn übrigens die Vertheidiger dieser Meinung eine Stütze derselben darin finden wollen, daß Justinian, indem er der Schenkung von Todes wegen eine neue Form vorschrieb, der Acceptation nicht erwähnte, wenn sie daraus folgern, daß es unwahrscheinlich sey, daß er dieselbe für nothwendig geachtet habe [42]), so darf man vielmehr ihre eigne Waffe gegen sie wenden. Eben deswegen, weil Justinian der donatio mortis causa eine neue Form gab, und dabei nichts von der Aufhebung der Nothwendigkeit der Acception, die vorher doch offenbar existirte, sagte, zugleich jedoch mehrere wichtige Merkmale der Verschiedenheit zwischen dem Legat und der Schenkung auf den Todesfall unberührt ließ, ferner weil er diese in ihrer neuen Gestalt immer eine Schenkung nannte, muß man annehmen, daß er die Nothwendigkeit der Acceptation nicht aufgehoben habe, da er unstreitig sonst ausdrücklich über diesen Gegenstand verfügt haben würde [43]). Es kommt noch ein Hauptargument hinzu, welches der Verfasser dieser Abhandlung in allen von ihm über diese Frage nachgelesenen Schriften nicht benutzt fand. Man hat es nämlich nicht beachtet, daß die merkwürdige L. 4. C. de donationibus c. m. unter die Zahl der bekannten fünfzig Decisionen gehört, die in den Codex eingeschaltet worden sind; sie hat überdies die antiquarische Auszeichnung, daß sie grade die fünfzigste und letzte Entscheidung ist. Die neuere Rechtsgeschichte läugnete zwar, daß durch dse 50 Decisionen die Streitigkeiten der Proculejaner und Cassianer entschieden worden seyen; allein der dem Schutte des Alterthums kürzlich entrissene Gajus [44]) hat die ältere Theorie wie-

42) J. L. Klüber in der kleinen juristischen Bibliothek, B. IV. St. 13. S. 19. Püttmann l. c. p. 494.

43) Müller ad Leyserum. Observat. 697. p. 156.

44) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. 6te Auflage. S. 560. §. 329.

der zu Ehren gebracht, wonach der Zweck dieser Verordnungen Justinians dahin gieng, streitige Rechtsfragen zu entscheiden. Die alten Rechtsgelehrten, deren Zwistigkeiten der Gesetzgeber schlichten wollte, waren vorzüglich aber nur über die Form der Schenkung auf den Todesfall uneinig. Unbestrittene Fragen wollte Justinian nicht entscheiden, und es war unter den Juristen seines Zeitalters unbestritten, daß die Schenkung auf den Todesfall eben so gut, wie die Schenkung unter Lebend-n, eine Acceptation erfordre, wie eben dargethan ist. Daher kann nach den Regeln einer richtigen Hermeneutik diese Entscheidung nicht auf die Nothwendigkeit der Acceptation ausgedehnt werden, welche Justinian vielmehr ganz unverändert ließ. Man darf der erwähnten L. 4 C. keinen, der Absicht ihres Urhebers widerstreitenden, Sinn unterlegen; sie sagt mit klaren Worten nichts andres, als daß die Schenkung auf den Todesfall alle Wirkungen eines letzten Willens haben solle, die Form derselben aber insoweit erneuert sey, daß die Gegenwart von fünf Zeugen erfordert werde, deren es vorher nicht bedurfte. Auch steht die Meinung, daß die Acceptation ein wesentliches Erforderniß der Schenkung von Todes wegen sey, der Gerichtsgebrauch zur Seite, wie die angesehensten Practiker, Mevius [44]), Böhmer [45]), Leyser [46]), Höpfner [47]) u. a. bezeugen.

§. 8.

Die Schenkung von Todes wegen ist ein Vertrag. Definition derselben.

Durch diese Deduction der Nothwendigkeit der Acceptation

---

45) Die 331ste und 333ste Decision im 6ten Theile seiner Decisionen betreffen zwei Rechtsfälle, die nach diesen Grundsätzen entschieden sind.

46) In seinen Consultat. et Decis. T. II. p. I. resp. 752. no. 17.

47) Spec. 438. Medit. 5.

wird die Natur dieſes Rechtsgeſchäfts und folgende Definition deſſelben begründet. Die Schenkung auf den Todesfall iſt nach Römiſchen Rechtsanſichten ein Vertrag (acceptirtes Verſprechen) wodurch eine Freigebigkeit in Beziehung auf den Tod des Gebers [48]) unter der Bedingung ausgeübt wird, daß ſie erſt durch jenen Tod Vollkommenheit erlangt [49]). Wenn die donatio mortis causa daher auch in ihrer Form und Wirkung in einen letzten Willen übergeht, wenn die Contraſte ihrer Merkmale ein Rechtsgeſchäft bilden, welches gegen alle Rechtsanalogie anſtößt, ſo heben doch dieſe Anomalien den ihr eigenthümlichen Character nicht auf, welcher darauf beruht, daß von der einen Seite ein Verſprechen geſchieht, und daß dieſes von der andern Seite angenommen wird. Sie iſt und bleibt unter allen Umſtänden und Bedingungen ein Vertrag [50]).

§. 9.

Die Schenkung auf den Todesfall iſt ein Erbvertrag.

Forſcht man nun dieſem Reſultat und den darin liegenden Kriterien ſchärfer nach, fragt man weiter: zu welcher Gattung von Verträgen die Schenkung auf den Todesfall gehört? ſo führt dieſe Unterſuchung zu einer neuen eigenen Anſicht. Das Object der donatio mortis causa iſt das künftige hinterlaſſene

48) In ſeinem Commentar über die Inſtitutionen. §. 414. no. 5 a.

49) L. 1. pr. D. de m. c. donat. enthält die legale Definition: Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult, quam eum, cui donat: magisque eum, cui donat, quam heredum suum. In Rückſicht der Beſtimmtheit macht ſie ihrem Urheber Marcian keine Ehre.

50) Mit Recht bemerkt Weber zu Höpfners Commentar, §. 414. 6. daß, wenn keine Acceptation bei dieſer Art Schenkungen erforderlich wäre, gar nicht abzuſehen ſey, wie die Claſſiker ſie hätten unter die Verträgenehmen können.

Vermögen, oder doch ein Theil der Güter eines noch lebenden Menschen — sie kann alle Güter desselben, sie kann auch nur einen Theil seines Nachlasses betreffen — ein andrer erwirbt sich darauf durch Acceptation der ihm versprochenen eigenthümlichen Uebertragung ein Recht — allein dieses Recht kommt erst durch den Tod des einen Contrahenten zur Ausübung, der Moment desselben wird der Anfang des Besitzes des andern Paciscenten. Alle diese Merkmale hat die Schenkung von Todeswegen aber mit den Erbverträgen gemein. Beide haben gleiche Eigenschaften. Die Schenkung auf den Todesfall ist daher im Grunde nichts anders, als ein modificirter Erbvertrag, ein pactum hereditarium acquisitivum. Dies ist der Gesichtspunkt, aus welchem man am leichtesten zu der Auflösung des Problems gelangt, weshalb bei den Römern der donator mortis causa seine Schenkung bis auf den letzten Augenblick seines Lebens revociren, und die auf gegenseitige Einwilligung gegründeten Ansprüche des Donatars einseitig wieder aufheben konnte.

§. 10.

Die Schenkung von Todes wegen ist nach Römischen Rechte widerruflich. Grund dieser Widerruflichkeit.

Der Sanction deutlicher Gesetze zufolge [51]) reift die donatio mortis causa erst durch den Tod des Schenkers zur Vollkommenheit. Sie ist durch dessen Willkühr bis zu diesem Zeitpunkt bedingt; er kann sie stündlich widerrufen, und alles Effects berauben, bloß aus dem innern Motiv der Reue, ohne

51) L. 32. D. de m. c. donationibus: Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. L. 34. in fine D. eodem. L. 4. §. 1. D. de doli mali et metus exceptione. L. 4. C. de donation. c. m. Omnes effectus sortiatur donatio mortis causa, quas ultimae habent liberalitates.

seinen veränderten Entschluß durch äußere rechtliche Ursachen begründen zu müssen. Denn das Recht des Donatars ist unvollkommen und prekär, ist gewissermaßen eine bloße Hoffnung [52]). Hierdurch unterscheiden sich vorzüglich die Schenkung unter Lebenden und die auf den Todesfall. Jene ist in der Regel irrevocabel, und wenn ihre Erfüllung auch bis zum Tode des Schenkers suspendirt ist, so wandelt dies ihr eigentliches Wesen doch nicht um.

Die Frage nach dem Grunde dieser Widerruflichkeit hat keine Schwierigkeiten, wenn man in der Schenkung von Todeswegen einen Erbvertrag erkennt. In vielen Aussprüchen der Römischen Gesetzgebung äußert sich ihr Haß gegen die pacta successoria. Sie waren, mit einziger Ausnahme der Fälle, wo ihr Gegenstand die künftige Verlassenschaft einer dritten unbestimmten, oder in den Vertrag einwilligenden Person ist, verboten, und bewirkten unter den Paciscirenden keine Verbindlichkeit [53]). Die Quelle, aus der dies Verbot floß, war theils die Besorgniß, daß das Leben des Erblassers durch solche Verträge bedroht würde, theils der nur durch die gesetzliche Kraft eines Testaments unwirksam werdende Anspruch der Intestaterben, theils endlich die Ansicht des öffentlichen Römischen Rechts, welches seit den ältesten Zeiten alle Erbfolge als eine Staatsangelegenheit ansah.

Wenn die richterliche wie die gesetzgebende Gewalt in Rom nun aber in der Schenkung auf den Todesfall alle Merkmale der ihr so gehässigen Erbverträge wieder fand; was war natürlicher, als daß sie diese ebenfalls mit ungünstigen Augen betrachtete? Sie versagte ihr die Wirkung eines zweiseitigen Willensacts, und ertheilte dem Schenker volle Freiheit, einseitig von dem geschlossenen Vertrage wieder abzugehen. Der

---

52) Stryk Usus mod. Tit. de m. c. donat. §. 6.

53) L. 15. C. de pactis. L. 19. C. eod. L. 30. C. eod L. 34. C. de transact. L. 3. §. 2. D. pro socio.

Römer handelte hier ganz folgerecht. Weil die donatio mortis causa auf der andern Seite aber einer letzten Willenserklärung so gleich kam, wich er einigermaßen von dieser Strenge wieder ab. Hatte doch auch das Verbot der Erbverträge verschiedene Ausnahmen! Die Gesetze verordneten daher, daß die Schenkung von Todes wegen durch den Tod des Schenkers bestätiget werden und eine vollkommene Gültigkeit erlangen sollte. Sie giengen noch weiter, sie erkannten das Versprechen des Schenkers, „nie die Schenkung auf den Todesfall zu revociren," als eine vollkommene Verbindlichkeit an, und erlaubten den Pacisecirenden; dies Geschäft in ein unbedingtes zu verwandeln [54]). Dennoch behielt die donatio mortis causa übrigens alle die characteristischen Eigenschaften eines Erbvertrags.

§. 11.

Sind diese Römischen Grundsätze auf das jetzt in Deutschland geltende Recht anwendbar?

Als die Deutschen das Römische Recht in ihre Gerichtshöfe aufnahmen, waren Erbverträge bei ihnen eine tägliche Erscheinung. Seit alten Zeiten hatte die Gewohnheit sie unter höhern und niedern Ständen eingeführt. Die Nationalsitte heiligte die Erbverträge, und die ängstlichen Rücksichten der Römer fielen bei den Deutschen weg. Daher ließen sie sich das eigenthümliche Rechtsinstitut durch die Einführung des Justinianeischen Gesetzbuchs nicht rauben. — Die Vorschriften, die dasselbe über diesen Gegenstand enthält, kamen nicht zur Anwendung; sie wurden durch eine allgemeine Gewohnheit entkräftet.

Wenn man die Römischen Grundsätze heutzutage aber nicht mehr auf die Erbverträge anwendet, verräth es denn Consequenz, diese Principien einem zweiseitigen Geschäfte anzupassen, das unter jenen Gattungsbegriff subsumirt werden muß? Die

54) L. 13. D. de m. c. donationibus; L. 27. D. eod. tit. L. 38. §. 4. D. eod. tit. Nov. 87. cap. 1.

Schenkung auf den Todesfall ist ein Erbvertrag; die Regel, die von diesem gelten, treten daher auch bei ihr in Kraft, da hier kein Grund zu einer Ausnahme vorhanden ist. Die Erbverträge sind bei uns unwiderruflich. Eben sowohl muß die Schenkung auf den Todesfall nach deutschen Rechten unwiderruflich seyn. Es entspringt aus diesem zweiseitigen Geschäft eine Verbindlichkeit, die nicht einseitig, sondern nur durch den übereinstimmenden Willen beider Contrahirenden wieder aufgelöst werden kann. Der Schenker darf die von dem Donatar acceptirte donatio mortis causa nicht revociren. Sie hat nach unsern Rechtsbegriffen von dem Augenblick des gegenseitig erklärten Consenses an eine Gültigkeit, die durch den Tod des Schenkers nicht besiegelt zu werden braucht. Dieser bestimmt nur den Zeitpunkt ihrer Realisirung, ist der Moment, wo das von Anfang an vollkommene Recht des Donatars in Ausübung kömmt, und eine Klage hervorbringt. Auf das Wesen, auf die Verbindlichkeit des Vertrags selbst, kann er keinen Einfluß haben. Die Schenkung von Todeswegen ist nach dieser, aus deutschen Rechtsgrundsätzen hervorgehenden, Ansicht ein Vertrag, wodurch eine Freigebigkeit ausgeübt wird, die vermöge der hinzugefügten Bezeichnung auf den Tod des Gebers erst im Moment desselben in Wirksamkeit tritt.

§. 13.

Ausnahmen.

Diese neue Theorie von der jetzigen Unwiderruflichkeit der Schenkungen auf den Todesfall gestattet indeß einige Ausnahmen. Da die Acceptation des Donatars zu der Schenkung von Todeswegen durchaus erforderlich ist und den wesentlichen Character derselben ausmacht, so ist es unleugbar, daß keine Verbindlichkeit für den Schenker existirt, wenn sie fehlt. Man kann diesen Fall jedoch kaum als eine eigentliche Ausnahme ansehen. Denn hier ist keine wahre Schenkung vorhanden. Wenn daher keine Acceptation erfolgt ist, wenn der Donatar nicht gegenwärtig war, oder wenn er

seine Willensbestimmung nicht äußerte, kann die donatio mortis causa nicht wie eine Schenkung, sondern nur wie ein Vermächtniß betrachtet werden. Sie ist eben so prekär wie ein Vermächtniß, und der Schenker ist bis zum letzten Augenblicke seines Lebens berechtigt, sie zurückzunehmen und sie völlig wirkungslos zu machen.

Eine zweite Ausnahme hat in dem Falle Statt, wenn sich der Schenker ausdrücklich die Zurücknahme vorbehalten hat. So wie es den Paciscirenden bei allen Verträgen freisteht, die Bestimmungen derselben zu modificiren und sie durch angehängte Bedingungen zu ändern, so schließt auch die donatio mortis causa den Schenker nicht von der rechtlichen Möglichkeit aus, diesen Vertrag von seiner Willkühr abhängig zu machen. Er kann sich bei der Errichtung der Schenkung auf den Todesfall die Befugniß vorbehalten, sie zu widerrufen. Ist diese Bedingung hinzugefügt, dann sinkt das sonst vollkommene Recht des Donatars zu einer bloßen Hoffnung herab und dann kann die Schenkung, wie bei den Römern, zu jeder Zeit zurückgenommen werden. Ausnahmen sind indeß nicht zu vermuthen, und der Schenker, der sein Recht, die Schenkung auf den Todesfall zu revociren, auf diese Bedingung stützen will, ist verpflichtet, die Hinzufügung derselben zu beweisen. Gleichviel muß es jedoch seyn, ob der Schenker das Recht des Widerrufs ausdrücklich sich vorbehielte, oder erklärte: „er wolle die Schenkung nach den Principien des Röm. Rechts vollziehen, oder beurtheilt wissen. Höbe ein Landesgesetz die Gültigkeit der Erbverträge auf, so würde auch in diesem Fall die donatio mortis causa unter die Herrschaft des römischen Rechts zurückfallen, insoferne dieses als Hülfsrecht im Hintergrund stände.